

la femme n'aura rien de conventionnel, pas même la spécialisation. Reste le cas où l'hypothèque est spécialisée par contrat de mariage : en résultera-t-il que l'hypothèque soit conventionnelle? Non, car la spécialisation ne lie pas la femme créancière, quoiqu'elle y ait consenti. Si la garantie, telle qu'elle a été spécialisée, est insuffisante, la femme peut requérir de nouvelles inscriptions après le mariage. En vertu de quel droit? Ce n'est certes pas en vertu du contrat de mariage, puisque la femme modifie ce contrat, c'est en vertu du droit que la loi lui confère; donc son hypothèque est légale, et non conventionnelle.

383. On peut objecter les mots *stipuler* et *stipulation*, dont la loi se sert dans les articles 64 et 66. Ces mots impliquent une convention : le créancier *stipule* et le débiteur *promet*. Dire que la femme peut *stipuler* une hypothèque, n'est-ce pas dire que cette hypothèque est conventionnelle? Nous répondons que l'expression *stipuler* est inexacte, en tant qu'on l'applique à l'hypothèque; elle n'est exacte que si on l'entend de la spécialisation; le texte même de la loi le prouve.

Le § 1^{er} de l'article 64 porte que « la femme aura une hypothèque spéciale sur les biens qui sont affectés par le contrat de mariage, pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales ». Il n'est pas question de *stipulation* dans le texte; il ne s'agit que de *spécialiser* l'hypothèque que la femme a, et elle l'a en vertu de la loi (art. 47). Cependant l'article 66, qui se rapporte au § 1^{er} de l'article 64, dit : « A défaut de *stipulation d'hypothèque*, ou en cas d'insuffisance des garanties *déterminées* par le contrat. » La loi appelle donc *stipulation d'hypothèque* la *spécialisation* qui a été faite, par le contrat de mariage, des biens sur lesquels la femme peut prendre inscription. L'expression est mauvaise, car on ne *stipule* pas une *hypothèque* que la loi accorde (1). Peut-être le législateur n'a-

(1) Le langage usuel, en matière d'hypothèque légale, est très-incorrect. Ainsi, dans la discussion de la loi, on disait toujours *prendre hypothèque* pour indiquer la spécialisation et l'inscription. On ne *prend* pas une hypothèque que la loi accorde et que le créancier a au moment où il la fait spécialiser et inscrire.

t-il pas voulu se servir du mot *spécialisation* parce qu'il n'est pas français, du moins il ne se trouve pas dans le Dictionnaire de l'Académie. Toujours est-il que, dans le § 1^{er} de l'article 64, la loi n'emploie pas le mot *stipuler*; la femme ne stipule pas, elle spécialise. Lors donc que, dans le § 2, il est dit que la femme peut *également stipuler* une hypothèque *spéciale* pour ses reprises, cela veut dire que la femme peut spécialiser cette hypothèque par contrat de mariage, et elle doit le faire si elle veut que son hypothèque ait rang avant le mariage. Le mot *également*, dont la loi se sert, prouve que le droit réglé par le § 2 est de même nature que le droit dont il est question dans le § 1^{er}, et que, dans l'une et l'autre hypothèse, il ne s'agit que de spécialiser l'hypothèque légale de la femme pour les créances qui naissent du contrat de mariage.

La tradition confirme cette interprétation. Nous avons dit plus haut (n° 335) que, sous l'empire du code civil, il y avait une controverse sur le point de savoir si la femme avait une hypothèque légale pour ses avantages matrimoniaux, dans le cas où le droit qui en résultait était éventuel. La loi nouvelle a tranché la controverse en faveur de la femme. Ainsi la femme a une hypothèque pour ses reprises éventuelles, au même titre que pour toutes ses conventions matrimoniales, c'est-à-dire une hypothèque légale indépendante de toute convention; seulement cette hypothèque doit être spécialisée. Il n'y avait aucune raison pour établir une différence entre l'hypothèque du chef des reprises et l'hypothèque du chef des autres conventions matrimoniales : si l'hypothèque de la femme existe, sans qu'il soit nécessaire de la stipuler pour les conventions matrimoniales en général, elle doit aussi exister sans stipulation pour les reprises.

384. Nous disons que la spécialisation est conventionnelle quand elle se fait par contrat de mariage, mais que l'hypothèque reste légale. Cela explique le système de la loi, en ce qui concerne le droit de la femme de revenir sur les stipulations du contrat de mariage. Si l'hypothèque était conventionnelle, on ne concevrait pas qu'elle pût être modifiée par le fait de l'une des parties contractantes. Il y

a plus; la modification serait même impossible par le concours de volontés du mari et de la femme. En effet, les conventions matrimoniales sont immuables, elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (art. 1395). Les époux ne pourraient donc modifier l'hypothèque telle qu'elle a été déterminée par le contrat de mariage, si l'hypothèque résultait des conventions qui s'y trouvent consignées. Cependant la loi permet à a femme de prendre de nouvelles inscriptions en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat de mariage. La raison en est que la spécialisation ne peut pas être immuable; elle varie nécessairement avec l'état de fortune de la femme et les garanties qui lui sont nécessaires. La loi veut que la garantie hypothécaire soit toujours en rapport avec les intérêts des incapables, de manière à assurer leurs droits, sans grever le débiteur d'inscriptions excessives. Voilà pourquoi la femme peut requérir une inscription supplémentaire quand les garanties déterminées par le contrat sont insuffisantes. Logiquement, elle aurait dû donner au mari le droit d'en demander la réduction lorsqu'elles deviennent excessives. Mais la loi ne permet pas au mari de revenir sur la spécialisation faite par contrat de mariage; nous dirons plus loin qu'elle lui ouvre seulement une action en réduction lorsque la femme a pris inscription sur ses biens en vertu de l'autorisation du président (art. 72). Pourquoi refuse-t-elle au mari un droit qu'elle accorde à la femme? L'un et l'autre consentent à l'acte de spécialisation; mais le consentement de la femme n'est point libre : elle ou ses parents peuvent craindre de blesser la susceptibilité du futur mari en exigeant des garanties qui, par leur étendue, témoigneraient de leur défiance; la femme se contentera facilement de ce que le futur lui offrira; le mari, au contraire, conserve son entière liberté d'action. Toutefois cette explication ne justifie pas suffisamment la loi. Il se peut que l'inscription n'ait pas été excessive lors du contrat, mais qu'elle le devienne pendant le mariage; dans ce cas, il n'y a aucun motif pour refuser au mari le droit d'en demander la réduction; et, toutefois, il est difficile de lui reconnaître ce droit, puisque

la loi ne le lui donne que pour les inscriptions prises en vertu de l'ordonnance du président.

Il y a encore une remarque à faire sur le système de la loi hypothécaire, en ce qui concerne le mari. La loi ne lui permet pas de demander la réduction des inscriptions prises en vertu du contrat de mariage. Cela se conçoit, à la rigueur, si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que le contrat de mariage ne peut spécialiser que les droits qui naissent des conventions matrimoniales. Mais cela ne se conçoit pas dans l'opinion qui admet que le contrat de mariage peut spécialiser l'hypothèque pour les droits qui naissent pendant le mariage. En effet, ces droits sont nécessairement incertains quant au montant de la créance. Supposons que les époux veuillent spécialiser l'hypothèque pour sommes dotales qui adviendront à la femme, pendant le mariage, par succession ou donation : quel chiffre fixeront-ils pour des espérances, ou pour des libéralités qui ne sont pas même des espérances? Si le législateur avait admis ce système, il aurait dû permettre au mari de demander la réduction des inscriptions quand la réalité vient donner un démenti aux espérances. La femme comptait sur une succession mobilière de 100,000 francs, qu'elle a réalisée : cette succession se réduit à rien. Et néanmoins l'inscription subsistera sur les biens du mari! Cela n'aurait pas de sens.

385. Dans notre opinion, le seul objet des articles 64, 66 et 67 est de déterminer le rang de l'hypothèque légale de la femme. Quand l'hypothèque est spécialisée par contrat de mariage, le mari doit la faire inscrire avant la célébration du mariage, et la femme peut aussi requérir l'inscription. Dans ce cas, l'hypothèque de la femme aura rang à partir de l'inscription; donc avant le mariage. Mais si l'hypothèque n'est pas spécialisée par le contrat notarié, l'inscription ne pourra pas être prise. Il suit de là que, sous le régime de communauté légale, l'hypothèque de la femme n'a jamais rang avant le mariage; elle n'aura d'effet qu'en vertu de l'inscription qui en sera prise pendant le mariage. Il en est de même si le contrat de mariage n'a pas spécialisé l'hypothèque de la femme, ou si les garan-

ties déterminées par le contrat sont insuffisantes, comme le suppose l'article 66. Il faut, dans tous ces cas, que l'hypothèque soit spécialisée par le président et qu'elle soit inscrite; ce qui ne lui donne rang qu'à partir de l'inscription.

La différence est donc grande, en ce qui concerne le rang de l'hypothèque, entre la spécialisation qui se fait par contrat de mariage et celle qui se fait pendant le mariage par le président. Celle-ci peut ne pas assurer les droits de la femme, si des inscriptions sont déjà prises par d'autres créanciers sur les immeubles du mari. C'est la conséquence inévitable du système de publicité consacré par la loi nouvelle. Ce système exige nécessairement la spécialisation, et pour que celle-ci soit efficace, elle doit se faire avant le mariage; or, à ce moment, les considérations qui empêchent la femme d'agir arrêteront aussi ses parents.

386. Cela peut aboutir à l'inefficacité de l'hypothèque que la loi accorde à la femme. Nous dirons plus loin quelles sont les garanties que la loi a établies en sa faveur. Avant tout il nous faut voir si la femme peut renoncer à son hypothèque légale. Dans notre opinion, elle ne le peut pas (n° 308). Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, cette solution n'est pas même douteuse. L'hypothèque de la femme et celle des mineurs ont pour fondement l'incapacité de ceux au profit desquels la loi les établit; c'est parce qu'ils ne peuvent pas veiller à leurs droits que la loi y veille. Or, conçoit-on que l'incapable répudie une garantie que la loi lui donne à raison de son incapacité? Tout le système de la loi proteste contre une pareille anomalie. Dira-t-on que la femme peut garder le silence, ne pas agir, dans le but de ne pas faire valoir le droit dont la loi l'investit? Ce serait abdiquer tacitement l'hypothèque légale, en la rendant inefficace. La loi n'admet point cette renonciation de fait; elle charge les parents de la femme d'agir pour elle; et si les parents n'agissent pas, elle charge des magistrats de venir à son aide en sauvegardant ses droits malgré elle; car la femme ne doit pas intervenir dans la spécialisation, et elle ne peut pas s'y opposer.

L'esprit de la loi est donc en harmonie avec la rigueur

des principes. Cependant il y a controverse. Les textes laissent quelque doute. Aux termes de l'article 67, la femme peut toujours prendre inscription pour les droits qui naissent pendant le mariage, *nonobstant convention contraire*. Voilà l'application des vrais principes. L'hypothèque légale est d'ordre public, parce qu'elle est accordée par la loi à des incapables, à raison de leur incapacité; or, il n'est pas permis aux parties intéressées de déroger aux lois qui concernent l'ordre public (art. 6). Mais la disposition de l'article 67 est spéciale: elle n'est relative qu'aux droits qui prennent naissance pendant le mariage, ou, comme on dit dans l'interprétation généralement admise, l'article 67 est le complément du § 2 de l'article 64. La loi semble donc distinguer entre les diverses causes qui donnent lieu à l'hypothèque de la femme: s'agit-il des causes de recours qui naissent pendant le mariage, elle ne permet point à la femme de renoncer à son droit d'hypothèque: s'agit-il de sa dot et de ses conventions matrimoniales, elle le lui permet implicitement (1). L'argumentation se fonde, en définitive, sur le silence de la loi; mauvais raisonnement quand il aboutit à mettre la loi en opposition avec les principes. Les reprises de l'article 64, § 2, sont aussi des conventions matrimoniales, comme celles du § 1^{er}; pourquoi, dans l'un des cas, la femme pourrait-elle renoncer à son hypothèque, tandis qu'elle ne le peut pas dans l'autre? On dit que les droits du § 1^{er} sont certains, et que la femme sait à quoi elle renonce, et que les droits du § 2 étant incertains, la femme ne peut pas apprécier l'effet de sa renonciation. Dans notre opinion, les reprises dont il est question dans le § 2 sont certaines quant au montant, et quand elles ne le seraient pas, elles devraient être évaluées, puisque l'hypothèque doit être spécialisée quant à la somme aussi bien que quant aux immeubles. La femme sait donc toujours quel pourra être le montant de son recours contre son mari, et par conséquent elle sait à quoi elle renonce. Ceci n'est d'ailleurs qu'une considération de fait. Elle ne répond pas à l'objection de droit: la femme

(1) Martou, t. III, p. 27. n° 911. Beckers, p. 152.

ne peut jamais renoncer à un droit qui est d'ordre public (1). Autre est la question de savoir si la femme peut renoncer au bénéfice de son inscription dans l'intérêt des tiers qui contractent avec le mari, comme acquéreurs ou créanciers hypothécaires. L'article 71 le lui permet implicitement. Nous y reviendrons en traitant de la cession de l'hypothèque.

N° 2. COMMENT SE FAIT LA SPÉCIALISATION.

387. Il faut distinguer la spécialisation qui se fait par contrat de mariage et la spécialisation qui se fait pendant le mariage. La différence ne concerne pas seulement les personnes qui interviennent dans l'acte; elle concerne aussi les conditions et les effets.

I. De la spécialisation qui se fait par contrat de mariage.

388. La spécialité est, en principe, la même dans toute hypothèque, légale ou conventionnelle. Quand c'est une convention qui crée l'hypothèque, l'acte qui l'établit la spécialise en déterminant la somme pour laquelle elle est consentie et les immeubles qui en sont grevés (art. 80 et 78). Pour l'hypothèque légale, il n'y a point d'acte qui établisse l'hypothèque, puisqu'elle résulte de la loi. Il faut donc une spécialisation qui permette de la rendre publique en faisant connaître le montant de la créance et les immeubles qui sont affectés à son acquittement. La loi veut avant tout que la somme pour laquelle inscription sera prise soit fixée, car la détermination des immeubles dépend du montant des créances qui doivent être garanties par l'hypothèque. Nous avons dit que les difficultés sont grandes quand il s'agit de spécialiser l'hypothèque légale du mineur. Pour ce qui regarde l'hypothèque de la femme, la loi ne s'occupe pas de la spécialisation de la somme, elle se contente de dire que l'hypothèque doit être spéciale; cela est très-naturel. Ce sont les parties elles-mêmes qui spécialisent l'hypothèque par une clause de leur contrat de

(1) Cloes, *Commentaire*, t. II, p. 123, n° 1110.

mariage; c'est donc à elles qu'il incombe de fixer la somme pour laquelle inscription sera prise. Il n'y a pas de difficulté en ce qui concerne la dot que la femme apporte en se mariant; le chiffre en est nécessairement fixé par le contrat de mariage. Mais que faut-il dire des sommes dotales qui proviendront des successions auxquelles la femme pourra être appelée, ou de donations qui lui seront faites pendant le mariage? D'après le code civil, l'hypothèque de la femme n'avait rang, de ce chef, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations avaient leur effet. Sous l'empire de la nouvelle loi, on admet que ces successions et donations sont une reprise éventuelle pour laquelle la femme, aux termes de l'article 64, peut stipuler une hypothèque. Les époux pourraient donc convenir qu'une inscription sera prise sur les biens du mari pour garantir des valeurs dotales que la femme pourra recueillir, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (1). Dans notre opinion, la femme ne peut prendre inscription, du chef des successions et donations qu'elle recueille pendant le mariage, qu'en vertu de l'article 67, c'est-à-dire avec autorisation du président du tribunal (n° 378).

389. Les conventions matrimoniales, en tant qu'elles donnent à la femme un avantage pour lequel elle a une action contre son mari, se spécialisent par leur objet même. Peu importe que l'avantage soit éventuel ou conditionnel, cela n'empêche pas que l'objet en soit déterminé, ce qui suffit pour le principe de spécialité. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut des conventions matrimoniales (n°s 343, 344).

C'est encore en vertu des conventions matrimoniales que la femme a hypothèque pour les créances qu'elle aura contre le mari administrateur de ses biens. Ici la difficulté se représente, quand il s'agit de spécialiser cette créance. Nous croyons qu'il faut appliquer la distinction que nous avons faite pour la dot. S'agit-il de propres que la femme possède lors du mariage, le droit de la femme à une indemnité dépendra des éventualités de la gestion; c'est le

(1) Beckers, *Des hypothèques légales*, p. 132, n° 107.